

# Beter burgerlijk recht: recht als optie

Citation for published version (APA):

Smits, J. M. (2011). Beter burgerlijk recht: recht als optie. *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 28, 88-91.

## Document status and date:

Published: 01/01/2011

## Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

## Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

## General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

[www.umlib.nl/taverne-license](http://www.umlib.nl/taverne-license)

## Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

[repository@maastrichtuniversity.nl](mailto:repository@maastrichtuniversity.nl)

providing details and we will investigate your claim.

# Beter recht: recht als optie

11

Deze bijdrage bepleit meer keuzevrijheid van private actoren bij het bepalen welk recht op hen van toepassing is. Dat kan zowel een Europees '28ste' rechtsstelsel zijn als een nationale jurisdictie. Verkend worden de voordelen van dergelijk optioneel recht en beschreven wordt welke toepassingen hiervan reeds bestaan op Europees niveau. Ten slotte wordt bepleit dat ook dwingend recht soms beter kan worden ingeruild voor een keuzemenu en dat het consumentenrecht daarvoor een goede kandidaat is.

## 1. Inleiding

De vraag van de Vereniging voor Burgerlijk Recht om te schrijven over 'beter' recht lijkt in één opzicht weinig origineel: juristen schrijven in hun vakbladen bijna altijd over wat in hun visie beter recht is,<sup>2</sup> vaak naar aanleiding van een rechterlijke uitspraak of een wetsvoorstel, minder vaak door te reflecteren op (privaat)recht op macroniveau. In het kader van die laatste categorie wordt dan niet zelden gepleit voor een grotere rol van empirische inzichten, voor een internationaler beoefening van de rechtswetenschap of voor een herijking van de rol van rechtvaardigheid in het privaatrecht.<sup>3</sup> Het is lastig om het met die pleidooien oneens te zijn. Mijn voorstel voor beter recht ligt ook op het macroniveau, maar is tegelijkertijd controversiëler. Het is een voorstel dat niet enkel raakt aan onze praktische manier van omgaan met recht, maar dat ook een wijziging impliceert van heersende rechtsfilosofische inzichten over wat recht is. Het is een pleidooi voor *recht als optie*: waar thans de heersende opvatting is dat het gedrag van private actoren (zoals burgers en bedrijven) wordt geregeerd door één recht, bepleit een opvatting van 'recht als optie' dat deze actoren vaker de keuze dienen te hebben tussen meerdere rechtsstelsels. Dat wordt hier toegelicht in drie bedrijven. Het eerste bedrijf schetst een aantal recente fenomenen op Europees niveau. Vervolgens wordt ingegaan op de vraag hoe die fenomenen te duiden en welke voordelen zij hebben ten opzichte van meer traditionele vormen van recht. Ten slotte wordt bepleit dat ook op nationaal niveau recht als optie vaak beter recht oplevert.

1. Jan Smits is Hoogleraar Europees privaatrecht aan de Universiteit Maastricht en onderzoekshoogleraar rechtsvergelijking aan de Universiteit van Helsinki.
2. Zie treffend Edward L. Rubin, 'The Practice and Discourse of Legal Scholarship', *Michigan Law Review* 86 (1988), p. 1881: 'a practice whose discourse consists largely of prescriptions that scholars address to public decision-makers for the purpose of persuading those decision-makers to adopt specified courses of action.'
3. Zie voor een overzicht J.B.M. Vranken, 'Nieuwe richtingen in de rechtswetenschap', *WPNR* 2010/6840, p. 318 e.v. en de bijdragen aan *WPNR* 2010/6843, p. 381 e.v. (themanummer Rechtvaardigheid in het privaatrecht).

## 2. Recht als optie: steeds belangrijker dankzij Europa

Het in Europa bekendste voorbeeld van optioneel recht werd exact tien jaar geleden in het leven geroepen op het terrein van het vennootschapsrecht: de Europese Vennootschap (SE) staat bedrijven toe om hun onderneming in een Europese rechtsvorm te gieten. Dat optionele regime staat naast de 27 nationale vennootschapsstelsels en het bestaan er van is gebaseerd op de veronderstelling dat bepaalde partijen behoefte hebben aan een niet-nationaal '28ste stelsel.' Die veronderstelling is juist gebleken:<sup>4</sup> al meer dan 200 bedrijven hebben zich geregistreerd als Europese vennootschap, waaronder multinationals als BASF en Porsche.

Bekende andere voorbeelden van optionele Europese stelsels zijn het Europees Economisch Samenwerkings Verband (EESV),<sup>5</sup> de Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE),<sup>6</sup> en het Gemeenschapsmerk.<sup>7</sup> Op het terrein van procesrecht kunnen ook de Europese executoriale titel, het Europees betalingsbevel en de Europese procedure voor geringe vorderingen<sup>8</sup> als optionele stelsels worden beschouwd. Hoewel de populariteit van deze stelsels aanzienlijk verschilt, neigt de Europese wetgever er naar om ook op nieuwe terreinen optionele regimes in het leven te roepen. Een bekend initiatief van de Europese Commissie is bijvoorbeeld dat voor de oprichting van een Europese besloten vennootschap (de *Societas Privata Europaea* of SPE),<sup>9</sup> die zal komen naast de bestaande nationale varianten zoals de Nederlandse BV en de Engelse *Limited Company*. Maar de initiatieven zijn niet beperkt tot het vennootschapsrecht. Naast een oud plan voor een Europese vereniging<sup>10</sup> en voor een 'Eurohypotheek'<sup>11</sup> zijn onlangs optionele stelsels voorgesteld voor onder meer spaarproducten en verzekeringen<sup>12</sup> en voor het vaststellen van de heffingsgrondslag voor de vennoot-

4. Verordening 2157/2001 betreffende het statuut van de Europese Vennootschap (SE).
5. Verordening 2137/85 tot instelling van Europees Economische Samenwerkings Verband (EESV).
6. Verordening 1435/2003 betreffende het statuut voor een Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE).
7. Nu Verordening 207/2009 inzake het Gemeenschapsmerk.
8. Resp. Verordening 805/2004 tot invoering van een Europese executoriale titel voor niet-betwiste schuldvorderingen, Verordening 1896/2006 tot invoering van een Europese betalingsbevelprocedure en Verordening 861/2007 tot vaststelling van een Europese procedure voor geringe vorderingen.
9. Voorstel voor een Verordening van de Raad betreffende het statuut van de Europese besloten vennootschap, COM(2008)396.
10. Gewijzigd voorstel voor een Verordening betreffende het statuut van de Europese vereniging, COM(93)252. Dit voorstel is inmiddels ingetrokken.
11. Witboek over de integratie van de EU-markt voor hypothecair krediet, COM(2007)807.
12. Groenboek over het beleid op het gebied van financiële diensten, COM(2005)177; zie met name de reactie van 'Eurosif' op dit Groenboek.

schapsbelasting.<sup>13</sup> In 2010 lijkt bovendien eindelijk overeenstemming bereikt over invoering van het lang verwachte EU-octrooi (zijn het niet in alle lidstaten).<sup>14</sup> Het meest in het oog springt evenwel het voorstel van de Europese Commissie om een optioneel stelsel van contractenrecht in het leven te roepen. Dit plan is al oud,<sup>15</sup> maar het werd met de recente publicatie van het Groenboek over Europees contractenrecht<sup>16</sup> (en met steun van het Europees Parlement<sup>17</sup>) nieuw leven ingeblazen. Hoewel het voorstel in het Groenboek is verscholen tussen zeven beleidsalternatieven weten ingewijden dat het de Europese Commissie primair te doen is om dit optioneel contractenrecht,<sup>18</sup> dat op termijn ook andere onderdelen van het privaatrecht kan omvatten. Na deze *tour d'horizon* wekt het geen verbazing meer dat ook het Europees Economisch en Sociaal Comité de Europese wetgever in 2010 opriep om meer gebruik te maken van optionele stelsels.<sup>19</sup> Er is nog een tweede vorm van optioneel recht die aan populariteit wint. Bovenstaande 28ste stelsels staan toe dat private actoren voor een Europese set van regels kiezen. Maar al veel langer bestaat de mogelijkheid van een rechtskeuze voor een ander *nationaal* recht. De mogelijkheid daartoe is helaas vaak beperkt tot grensoverschrijdende verhoudingen,<sup>20</sup> maar daar wordt er dan ook steeds meer gebruik van gemaakt. Op verschillende rechtsgebieden kunnen partijen allerlei strategische keuzes maken voor het recht dat het beste past bij hun behoefte. En wederom gaat de Europese wetgever voorop: onder meer op het terrein van erfrecht en van echtscheiding deed hij recent voorstellen voor een verruimde rechtskeuze door partijen voor het nationale erfrecht en huwelijksstelsel van hun voorkeur.<sup>21</sup> Dit fenomeen van rechtskeuze staat thans hernieuwd in de belangstelling.<sup>22</sup> Het werd recent omschreven als een

'rechtsmarkt': zoals een consument iets koopt in de supermarkt, kan hij ook het recht van zijn voorkeur inkopen. Het betekent dat recht, op die terreinen waar een dergelijke rechtsmarkt daadwerkelijk bestaat, tot een *product* geworden is. Dat is zelfs zo in de visie van Staten. Nadat *The Law Society of England and Wales*, de invloedrijke beroepsorganisatie van Engelse advocaten, een brochure<sup>23</sup> had uitgegeven om buitenlandse commerciële partijen te verleiden Engels recht als het toepasselijke recht te kiezen, meende de Duitse Minister van Justitie niet achter te kunnen blijven en publiceerde een eigen folder met als titel 'Law – Made in Germany: 'global, effectief, kostengünstig'.<sup>24</sup> Kennelijk menen ook Staten dat zij hun recht moeten verkopen.

Dit betekent uiteraard niet dat er geen grenzen zijn aan een rechtskeuze voor een buitenlands stelsel. Het is zelfs noodzakelijk dat Staten veel explicieter dan thans het geval is duidelijk maken waar deze grenzen precies liggen (dus wanneer de keuze voor een ander stelsel wordt erkend). Maar die grenzen moeten ruim worden getrokken: indien een Staat rechtskeuze te zeer aan banden legt of zelfs verbiedt, zegt hij eigenlijk dat alleen zijn oplossing aanvaardbaar is. In de volgende paragraaf blijkt dat dit mijns inziens een volstrekt verkeerde reactie is.

### 3. Waarom recht als optie?

In het voorafgaande bleek dat op Europees niveau in toenemende mate de mogelijkheid bestaat om een ander recht te kiezen dan dat van de eigen Staat. Wat hiervan te denken? Mijns inziens levert dit zonder meer beter recht op. Drie redenen zijn daarvoor aan te voeren. Het meest principiële argument voor recht als optie is dat op veel terreinen niet langer één oplossing als de enige juiste kan worden aanvaard: over wat in rechte behoort zijn altijd verschillende opvattingen mogelijk.<sup>25</sup> Dat staat op gespannen voet met de wijze waarop recht sinds de opkomst van de natiestaat primair is beschouwd, namelijk als het product van (democratische) besluitvorming op nationaal niveau. Die besluitvorming leidt doorgaans tot één oplossing die door alle burgers van de Staat moet worden aanvaard omdat zij nu eenmaal in staat waren om het parlement te kiezen dat tot die oplossing kwam. Omdat recht tot stand kwam in een democratisch proces is het bindend voor de burgers die bij dat proces betrokken zijn. De achtergrond van die opvatting wordt gevormd door het rechtsfilosofisch gedachtegoed van het maatschappelijk verdrag: burgers mogen onderworpen zijn aan regels omdat zij die regels zelf aanvaardden. Maar zelfs wanneer een nationaal parlement na lange beraadslagingen tot een bepaalde uitkomst komt (vaak in de vorm van een compromis), zullen velen het daarmee nog altijd oneens zijn. Er bestaat immers niet langer één ideale maatschappelijke oplos-

13. Mededeling van de Commissie: Naar een gemeenschappelijke geconsolideerde heffingsgrondslag voor de vennootschapsbelasting (CCCTB): balans en vooruitblik, COM(2006)157.

14. Proposal for a Council decision authorising enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection, COM(2010)790.

15. Zie reeds de Mededeling over Europees verbintenissenrecht, COM(2001)398, p. 16 e.v.

16. Groenboek van de Commissie over beleidsopties voor de ontwikkeling van een Europees contractenrecht voor consumenten en ondernemingen, COM(2010)348.

17. Onder meer in Resolutie van het Europees Parlement van 25 november 2009, *PbEG* C 285 E/ 99.

18. Zie ook Jim Brunsten, *Call for single contract law system*, European Voice 17 juni 2010.

19. The 28th regime – an alternative allowing less lawmaking at Community level, INT/499 – CESE 758/2010, 27 mei 2010.

20. Zoals voor het contractenrecht onlangs werd bevestigd in de Rome I-Verordening (593/2008).

21. Zie Voorstel van 14 oktober 2009 voor een Verordening inzake de bevoegdheid, het toepasselijk recht, de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen en authentieke akten in zaken van erfrecht en de invoering van een Europese verklaring van erfrecht, COM(2009)154 en 'EU-ministers van Justitie onderschrijven nieuwe regels met het oog op rechtszekerheid bij grensoverschrijdende echtscheidingen', Persbericht van 3 december 2010, IP/10/1653.

22. Zie vooral Erin A. O'Hara en Larry E. Ribstein, *The Law Market*, Oxford 2009 en Horst Eidenmüller, 'Recht als Produkt', *JuristenZeitung* 64 (2009), p. 641 e.v. Ik schreef er over in J.M. Smits, *Rechtstoerisme: Burgerlijk Wetboek en Grondwet voorbij de Staat*, Tilburg 2010.

23. Beschikbaar via [www.lawsociety.org.uk](http://www.lawsociety.org.uk).

24. Beschikbaar via [www.lawmadeingermany.de](http://www.lawmadeingermany.de).

25. Zie uitgebreid J.M. Smits, *Omstreden rechtswetenschap*, Den Haag 2009.

sing; in plaats daarvan zijn er verschillende opvattingen die met elkaar concurreren. Is het dan niet veel beter om – op bepaalde terreinen – de keuze aan de burgers te laten en hen in staat te stellen om te kiezen voor de oplossing die zij het beste vinden? Dat is weliswaar moeilijk in overeenstemming te brengen met de theorie van het maatschappelijk verdrag (en de auteurs die daarop voortbouwen zoals Jürgen Habermas en John Rawls), maar in de huidige tijd moet een rechtstheorie dan ook eerder iets zeggen over 'the choices that are actually on offer'<sup>26</sup> dan leiden tot één juiste uitkomst. Recht als optie kan praktisch beschouwd handen en voeten geven aan die theorie.

Een tweede argument voor recht als optie is dat meer keuze niet alleen gunstig is voor individuele burgers, maar ook voor Staten. Ik heb al gewezen op de brochures die werden uitgegeven door de Engelse *Law Society* en de Duitse Minister van Justitie: zij hopen zo buitenlandse partijen naar het eigen land te trekken met alle economische voordelen van dien. Dat vereist wel dat een Staat zich niet laat leiden door benepen vooroordelen over de gevaren van (bijvoorbeeld) huwelijkstoerisme. In Nederland is het homohuwelijk sinds 2001 mogelijk, maar alleen indien minstens één van de partners Nederlander is of in Nederland zijn gewone verblijfplaats heeft.<sup>27</sup> Dat is een gemiste kans want in jurisdicties waar ook daar niet woonachtige buitenlandse koppels kunnen huwen (zoals in de meeste Canadese provincies en in Mexico-stad), wordt aanzienlijk geprofiteerd van de huwelijkstoeristen die zij aantrekken.<sup>28</sup>

Ten slotte biedt recht als optie nog een ander voordeel. Europeanisering van het privaatrecht door de Europese wetgever heeft de afgelopen twee decennia vooral plaatsgevonden via verordeningen (op het terrein van internationaal privaatrecht) en richtlijnen (doorgaans inzake consumentenbescherming). Kenmerkend voor deze wijzen van harmonisatie is dat er weinig valt te kiezen: verordeningen zijn rechtstreeks bindend en ook in geval van richtlijnen is de marge voor de lidstaten bij de implementatie niet groot. Algemeen bekend is dat dit op nationaal niveau tot veel onvrede leidt: de coherentie van het rechtssysteem wordt er door aangetast. Op Europees niveau is de onvrede vaak niet minder groot: Europese wetgeving blijft vaak een politiek compromis met alle gevolgen voor de kwaliteit van de gegeven regels van dien. Het is tegen deze achtergrond dat het creëren van optionele rechtssystemen een alternatief kan bieden. Zij laten bestaande nationale regels immers geheel intact en maken het afhankelijk van partijen of het Europese regime al dan niet van toepassing wordt. Daarmee blijft de coherentie van het nationale recht beter in stand. Ook kan de kwaliteit van een optioneel rechtstelsel hoger zijn: lidstaten behoeven hun eigen rechtssysteem niet

op te geven en zullen recht van Europese oorsprong dus gemakkelijker kunnen aanvaarden.

#### 4. **Recht als optie ook op nationaal niveau aantrekkelijk**

Kan recht als optie ook op nationaal niveau een rol vervullen? Mijns inziens is ook dat het geval.<sup>29</sup> Eén van de fundamenteën van ons burgerlijk recht is het onderscheid tussen dwingend en aanvullend recht. Waar aanvullend recht partijen faciliteert voor het geval zij zelf geen regeling treffen, geeft dwingend recht de grenzen van de contractsvrijheid aan, ingegeven door motieven als de bescherming van een partij tegen zichzelf of tegen anderen, het zo efficiënt mogelijk regelen van de partijverhouding en de rechtszekerheid. Dit onderscheid wordt zelden ter discussie gesteld. Toch is daar alle reden toe. Waar op het terrein van aanvullend recht de keuze voor partijen in beginsel geheel vrij is, is die op het terrein van dwingend recht doorgaans geheel afwezig. Dit binaire denken van de wetgever is verkeerd: het is veel meer in overeenstemming met de geïndividualiseerde samenleving van vandaag indien de wetgever aan partijen de keuze laat tussen enkele alternatieven. Die gedachte van een *keuzemenu* van dwingend voorgeschreven opties kennen wij al bij de *numerus clausus* in het goederenrecht, maar een dergelijke standaardisering van vrijheid leent zich ook voor toepassing op andere terreinen.<sup>30</sup> Dat combineert de voordelen van dwingend recht (zoals bescherming en rechtszekerheid) met de vrijheid van partijen om hun rechtsverhouding op de door hen gewenste wijze vorm te geven en de mogelijkheid voor de wetgever om met diverse oplossingen te experimenteren.<sup>31</sup> Praktisch beschouwd betekent dit dat één dwingendrechtelijke regel wordt verlaten ten gunste van een twee of drie opties.

Eén terrein waarop regels van dwingend recht vaak kunnen worden ingeruild voor een keuzemodel is het consumentenrecht. Zo zijn er goede argumenten om het dwingende herroepingsrecht in geval van koop op afstand<sup>32</sup> te vervangen door de keuze tussen dit herroepingsrecht en koop van de zaak voor een lagere prijs. Dat stelt de consument in staat om zelf te bepalen of hij de wettelijke bescherming wil genieten of eenvoudigweg minder wil betalen.<sup>33</sup> Een dergelijke oplossing past veel beter bij de individualistische en goed geïnformeerde consument van vandaag en omzeilt de bezwaren die kleven aan wettelijke

26. Amartya Sen, *The Idea of Justice*, Cambridge Mass. 2009, p. 106.

27. Art. 2 WCH.

28. Zie uitgebreider Smits, *Rechtstoerisme*, o.c.

29. In dezelfde zin: Gregor Bachmann, 'Optionsmodelle im Privatrecht', *JuristenZeitung* 2008, p. 11 e.v.

30. Daarbij geïnspireerd door theorieën over *choice architecture*. Zie grondlegend Richard H. Thaler en Cass R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*, New Haven 2008.

31. Vgl. Bachmann, o.c., p. 11 e.v.

32. Art. 6 Richtlijn 97/7, Pb. L 144/19, in Nederland als recht op ontbinding neergelegd in art. 7:46d BW.

33. Zie in die zin ook Gerhard Wagner, 'Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights', *Erasmus Law Review* 3 (2010), p. 68 e.v.

herroepingsrechten.<sup>34</sup> Ook op andere terreinen is het inruilen van één dwingendrechtelijke regeling voor een meerkeuzemodel aanbevelenswaardig. Dat kan bijvoorbeeld in het geval private regulering tot stand komt in goed (collectief) overleg tussen sterkere en zwakkere partijen. Zo kunnen belangenorganisaties van huurders en verhuurders en van werkgevers en werknemers gezamenlijk tot regels komen die concurreren met de regeling in het BW.<sup>35</sup> Het is dan vervolgens aan individuele partijen overgelaten of zij kiezen voor de wettelijke of voor de alternatieve regeling.

---

34. Waarover J.M. Smits, 'The Right to Change Your Mind? Rethinking the Usefulness of Mandatory Rights of Withdrawal in Consumer Contract Law', *Penn State International Law Review* 2011 (te verschijnen).

35. Zie Bachmann, o.c., p. 19.

## 5. Ten slotte

Ik gaf al aan dat mijn pleidooi voor recht als optie op weerstand zal stuiten: het betekent een inbreuk op het in de afgelopen tweehonderd jaar heersende paradigma dat burgers zoveel mogelijk worden beheerst door het recht van hun woonplaats of nationaliteit. In onze globaliserende en individualiserende samenleving moet de rol van het privaatrecht echter opnieuw worden doordacht. Meer vrijheid voor private actoren in de keuze van het op hen toepasselijke rechtsregime – binnen de grenzen die expliciet door nationale Staten worden aangegeven – levert op wat die samenleving nodig heeft: beter recht.